El *escrow account:* contrato y garantía

Por Gabriel de Reina Tartière
Doctor por la Universidad de Oviedo, Profesor Asociado de Derecho civil.
Universidad Austral (Buenos Aires)

El término *escrow account*, en el ordenamiento norteamericano, se refiere a todo tipo de caución dineraria, judicial o voluntaria; su traslado al nuestro tal y como desarrollamos en el presente estudio, puede catalogarse como un auténtico depósito en garantía y como una situación muy similar a la que expresa el negocio fiduciario, no ya de garantía, sino, más correctamente, de administración

SUMARIO

I. Operatoria y ventajas.
II. La doble función del *escrow.*
III. Naturaleza del contrato.
IV. El *escrow* como garantía.
V. Relación con el negocio fiduciario.

I. OPERATORIA Y VENTAJAS

Aunque en el ordenamiento norteamericano con el término se remita a todo tipo de caución dineraria, judicial o voluntaria, en su traslación al nuestro, que ya registra en su seno la figura de la prenda irregular, el *escrow account* –abreviadamente, *escrow*–, se ha de reconducir al depósito que se constituye con motivo de una relación subyacente donde una de las prestaciones consiste, total o parcialmente, en el numerario que se impone. Mas, la aceptación del vocablo no puede hacernos ignorar que la utilización del contrato de depósito a los fines que se proponen no es tan novedosa (1). En este sentido, hace déca-

(1) Conviene advertir el otro ámbito jurídico donde el término *escrow* ha llegado a instalarse. Es el informático, en el que, sin mayores apelativos, se viene utilizando para designar al contrato de depósito de fuentes, aquel por cuya virtud la empresa desarrolladora entrega una copia del código fuente del programa licenciado a un tercero (depositario), de ordinario un profesional especializado, quien se compromete a custodiarlo y a restituirlo, según las circunstancias, a la entidad depositante o al cliente o licenciatario. El motivo que aconseja la conclusión de este tipo de contratos, se debe «a los problemas que pueden derivarse, cuando una empresa adquiere una licencia de uso de *software*, por la desaparición de la empresa desarrolladora de dicho programa. En estos casos, la empresa licenciataria habrá adquirido el uso de un software que no podrá modificar ni actualizar porque no se le entrega el código fuente, sino lo que se conoce como código objeto, por lo que quedará, con el tiempo, obsoleto, o bien no podrá ajustarse a aplicaciones nuevas. Lógicamente, no se está pensando ni en usuarios domésticos ni en programas genéricos, sino en empresas que han adquirido un *software* específico, a veces desarrollado a medida, que ha instalado en muchos de sus equipos y por el que ha pagado una buena suma de dinero» (Prenafeta Fernández: «Sobre el contrato de *escrow:* naturaleza jurídica y algunos problemas sobre este contrato atípico», en *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 45 [2002], http://www.alfa-redi.org/rdi.shtml).

das que la doctrina italiana habría abordado el supuesto preocupada por su calificación e implicancias, a raíz de un señero fallo de la Corte de Casación, con fecha 15 de enero de 1937, *in re* «Cavallini contra Galassi» (2). Se conocería en aquella ocasión de una venta concluida por el representante de un menor bajo la condición de que el negocio fuera autorizado judicialmente, conviniéndose el depósito notarial del precio, precio que debía ser entregado al mismo representante del vendedor cuando la autorización definitivamente se otorgase. Sucedió que, autorizada la venta, el notario no correspondió al reintegro del dinero.

El debate entre los autores no se hizo esperar. Ascoli verá en el caso una especie de secuestro convencional, Grassetti un negocio fiduciario, aunque, entre todas, primará la tesis, más ajustada a la que había sido la real voluntad de las partes, de la existencia de un depósito sometido a una condición suspensiva en cuanto a la identificación del sujeto legitimado a la restitución (Nicolò). Desde este ángulo, se llegará a estimar el depósito como un modo particular de cumplimiento, claro está, respecto de la obligación de pagar el precio del comprador (Bigiavi), acuñándose, incluso, la muy gráfica expresión de «depósito en lugar de cumplimiento» (Santoro-Passarelli).

Pero, más allá de dónde deban localizarse sus precedentes, de la tradición jurídica de la que haya de partirse, que la fórmula se promueva ahora bajo un título anglosajón es otro signo más de los tiempos, sin que la resistencia que suscite su admisión pueda sostenerse hasta negar la utilidad que demuestra el procedimiento tratándose de grandes negocios de adquisición, como los de empresas o paquetes accionarios (3). En su virtud, el comprador, en lugar de entregar directamente y en su totalidad el dinero en que se haya cerrado la operación, lo transferirá a una entidad financiera (4), que tendrá la obligación de restituirlo, siquiera en un porcentual, a alguna de las partes, luego de que se le acrediten los extremos que, mencionados en el contrato de depósito, puedan darse respecto de la ejecución del negocio principal (5). La constatación de esas circunstancias se suele prever de las más variadas formas; así, entre otras (6): 1) mediante un certificado emitido por un tercero, árbitro designado para el asunto, que determinará cuál será la cuantía del precio final, deducidas las partidas en que se

---

(2) Cfr., así: Ascoli, «Effetti dell'appropriazione del prezzo depositato da parte del depositario nella vendita», en *Rivista di Diritto Civile* 1938, págs. 297 y ss.; Bigiavi, «Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario», en *Foro Italiano* 1938, I, págs. 260 y ss.; Santoro-Passarelli, «Deposito in luogo di adempimento», en *Foro della Lombardia* 1938, págs. 97 y ss. (recogido después en su libro *Saggi di Diritto Civile*, I, Nápoles, Jovene, 1961, págs. 281 y ss.); Vivante, «Deposito in funzione di garanzia ed inadempimento del depositario», en *Giurisprudenza Italiana* 1938, I, págs. 402 y ss.; Nicolò, «Deposito e contratto a favore di terzo», en *Rivista del Diritto Commerciale* 1939, II, págs. 451 y ss.; Grassetti: «Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario», en *Rivista di Diritto Civile*, 1941, págs. 97 y ss. De una época posterior, véanse igualmente los trabajos de Giorgianni, «Depositi bancari anormali a vantaggio di un terzo», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1970, I, págs. 10 y ss.; y Lupoi, «La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito a favore o nell'interesse di un terzo», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1970, I, págs. 441 y ss.

(3) Con tal proyección, véase, en general sobre la figura: Iudica, «Il prezzo nelle compravendite internazionali di partecipazioni azionarie», en Draetta (Coor.), *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*, Milán, EGEA, 1990, págs. 77-78; Ponti y Masetti, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, Padua, Cedam, 1997, págs. 386 y ss.; Carrasco Perera, en Álvarez Arjona y Carrasco Perera (Dir.), *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2001, págs. 232 y ss.; Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, págs. 894 y ss.; Cortiñas Rodríguez-Arango en Delgado de Miguel (Coor.), *Instituciones de Derecho Privado*, II-3.º, Madrid, Consejo General del Notariado-Civitas, 2003, págs. 31 y ss.; Martín Santisteban, *El instituto del* trust *en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de* civil law, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, págs. 182 y ss.

(4) El numerario también puede depositarse en manos de un tercero, así un notario, quien, a su vez, depositará el dinero en una entidad bancaria, en cuenta abierta a su nombre (subdepósito). El ejercicio por una u otra opción dependerá de la cuantía de la operación y de los costes que en cada caso se exijan para la constitución y mantenimiento del depósito.

(5) A modo de ilustración, véase la STS de 16 de noviembre de 2001.

(6) Cfr. Carrasco Perera, ob. cit., pág. 233.

cifre la responsabilidad del vendedor (pasivos ocultos, juicios pendientes y cualquier otra anomalía respecto de la información documentada); 2) por una notificación firmada por ambas partes; 3) por la doble concurrencia de la llegada de un término y del cumplimiento de la condición correspondiente, por ejemplo, que antes de tal término el comprador no hubiera reclamado indemnización a cuenta del depósito, etc.

El *escrow* logra un marco de mayor confianza en las transacciones: al vendedor le ayudará a despejar cualquier duda sobre el cobro íntegro del precio; para el comprador, porque si algo saliera mal, podría evitar eventuales perjuicios

Tal y como se explica, por tanto, y sin perder de vista el ámbito económico donde nos movemos, por el *escrow* se logra un marco de mayor confianza en las transacciones: para el vendedor, porque la existencia del depósito le ayudará a despejar cualquier duda sobre el cobro íntegro del precio; para el comprador, por aquello de que si algo saliera mal, si las cosas no fueran como el vendedor le había sugerido, aun podría evitar o, al menos compensar, de un modo rápido y eficaz, eventuales perjuicios. Además, frente a otras opciones, como el aval (7), por ejemplo, el *escrow* tendría la gran ventaja de que el dinero será productivo para aquel a quien se le restituya, detrayéndose la comisión que corresponda de los intereses que fuera devengando (8).

II. LA DOBLE FUNCIÓN DEL *ESCROW*

Introducido como antecede, el *escrow* cumple con dos funciones: la primera, y muy elemental, es la solutoria. La transferencia que hace el comprador no tiene otra finalidad que solventar el precio estipulado para la adquisición. La consecuencia primordial de esto es que el vendedor no podrá repetir contra el comprador si es que el depositario, después de todo, no cumple con la obligación de restitución a su cargo. En este aspecto, el depositario estaría actuando como un tercero indicado, añadido para recibir el cobro, reflejando un caso de *solutionis causa adiectio* del art. 1162 *in fine* del CC.

La segunda de las funciones del negocio podría verse como un contrapeso a la anterior, al tender a impedir la disponibilidad inmediata sobre los fondos que han sido entregados. Este objetivo es el que fundamenta el carácter de garantía de la figura, garantía que se desenvuelve a favor no ya del acreedor, cuyo crédito ya se encuentra, depósito mediante, satisfecho, sino del comprador, que si bien habrá perdido el dominio sobre las cantidades entregadas, habrá de conservar sobre ellas una facultad de agresión en la medida en que las cosas no se ajusten a lo pactado. Así como el acreedor –el vendedor en la hipótesis–, podría haberse asegurado recuperar los bienes de haber consentido el transferirlos pero con aplazamiento del pago (fiducia, leasing, condición resolutoria explícita, etc.), es el comprador –el deudor con respecto a la obligación de abonar el precio–, quien por el *escrow* se reserva una muy simi-

(7) Si se conviene que el comprador habrá de desembolsar en su integridad el precio, sin financiación, aplazamiento o intermediación alguna, se supone que solicitará una garantía que como el aval a primer requerimiento, le ponga a resguardo de futuras contingencias. CARRASCO PERERA señala que el aval se perfila fundamental si los vendedores son varios y mancomunados (cfr. ob. cit., pág. 232).

(8) Cfr. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, ob. cit., pág. 895.

lar facultad de incidencia sobre lo pagado, en resguardo de una eventual responsabilidad del vendedor con respecto a las bases de compra.

III. NATURALEZA DEL CONTRATO

En cuanto a su calificación, se antoja evidente la afinidad del *escrow* con el depósito. Si lo que hace al depósito es la obligación de guarda, aunque ésta aparezca fuertemente modulada ante la fungibilidad de lo depositado (depósito irregular), se habrá de concluir por tal todo negocio en que ése resulte el interés primario por el que se entregue o autorice la entrega de algo, en que la intención tenida en cuenta para contratar consista en la preservación del valor de lo entregado. La fórmula permitiría, incluso, impartir especiales instrucciones al depositario, con tal de que estuvieran relacionadas con esa obligación de guarda o la correlativa de restitución; justamente lo que se observa en el *escrow:* la entrega de un dinero con obligación para la persona que lo recibe de guardarlo en interés del depositante pero también de un tercero, y restituírselo a uno de ellos, o a los dos, en este caso, hasta un determinado monto, y siempre según se le acredite (9).

El *escrow* se ha de juzgar, por ende, una variedad de depósito en la que el régimen convenido de cara a la restitución del dinero se incluye con un marcado propósito de garantía, pero éste no llega a desviar de su estructura causal típica al contrato, pues, si así fuera, ya no sería depósito. La función de garantía operaría en el depósito de un modo mediato, como motivo, explicitado, pero motivo al fin, sin que pudiera hablarse a su respecto de negocio indirecto, oblicuo o transversal, de esa controvertida modalidad negocial que se produce cuando se utiliza un tipo de los previstos legalmente para la consecución de un objetivo distinto al que lo caracteriza, por cuanto aquí el dinero se habría entregado, en cualquier caso, con vistas a su guarda (10).

IV. EL *ESCROW* COMO GARANTÍA

Afirmada su naturaleza de depósito, la función de garantía del *escrow* se verifica de un modo instrumental, a partir del inmediato bloqueo temporal de los fondos depositados y del simultáneo nacimiento de un crédito restitutorio condicional en cabeza del depositante. Se integra por ambos aspectos el sustrato diferencial de esta clase de depósito, contenido que casaría perfectamente con la noción universal de garantía, por servir, como sirve, para ampliar el ámbito de poder del acreedor, mediante la atribución de un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al crédito, tendiente a aumentar las posibilidades de satisfacción de sus intereses (11). En nuestro caso, el crédito a asegurar no sería el restitutorio,

(9) De conformidad con este discurso, y atendiendo a su condición de tercero agregado para el pago, podría verse al depositario como mandatario, creo, no sólo del acreedor sino también de la contraparte, aunque el mandato pasaría a un segundo plano en la calificación del negocio en la medida en que la operación habría de pivotar precisamente, y como sucede en el caso, en la guarda del dinero y en la manera en que hubiera de restituirse.

(10) En el negocio indirecto es el fin, el resultado, el que ha de ser indirecto. Esto implica «que no puede derivar de un pacto, convención o cláusula unida al negocio empleado; de ser así no habría negocio indirecto, sino un negocio típico al que se añade una cláusula en virtud de la cual las partes alcanzan directamente el resultado que pretendían» (ORTEGA PARDO, «Donaciones indirectas», en *Anuario de Derecho Civil* 1949, pág. 930; cfr., en parecido sentido: ASCARELLI, «Contratto misto, negozio indiretto *negotium mixtum cum donatione*», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1930, II, pág. 468; RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, trad. de RODRÍGUEZ ARIAS, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 20 y ss.).

(11) Cfr., por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 1993, págs. 395-396.

medio a cuyo través se articularía, precisamente, la garantía, sino el derivado del negocio de adquisición concertado, en atención a la plena conformidad del comprador con los bienes transmitidos.

Así las cosas, el *escrow* puede catalogarse como un auténtico depósito en garantía (12). Y digo auténtico para diferenciarlo nítidamente del instituto de la prenda irregular, que si bien comparte con el *escrow* esa función de garantía, se distingue de él en razón de que el dinero no constituye una de las contraprestaciones del negocio cuyo resultado pretende asegurarse ni se transmite con efectos solutorios; no se olvide, tampoco, que quien recibe en el *escrow* el dinero no es parte en el negocio principal, y que la entrega del numerario en la prenda irregular no se realiza como un paso intermedio para la correcta ejecución del contrato subyacente, sino como medio de imputación alternativo, si se prefiere, complementario, ligado al incumplimiento. Sin la propia y misma condición de tercero de quien se hace en un primer momento con el dinero, la garantía que lo tenga por objeto no puede considerarse, como errónea y vulgarmente se ha venido manteniendo para determinados ámbitos (telefonía, televisión por codificador), vuelvo a decirlo, depósito.

Acerca de la distinción entre la prenda irregular y el *escrow* merece la pena profundizar un poco más, sobre todo, a tenor del art. 1863 del CC, por cuya virtud la tradición que se requiere para la constitución de la prenda podrá hacerse directamente al acreedor «o a un tercero de común acuerdo», inciso este que englobaría dos supuestos: aquel en que la cosa a pignorar ya se hallara en depósito antes de ofrecerse en garantía *(traditio brevi manu* impropia) y aquel otro en que la prenda se constituyera oportunamente mediante depósito. En cualquiera de ambos casos, se observarían tres contratos: el principal, cuyas obligaciones procuran asegurarse, el de prenda, por el que la garantía se conviene, y el de depósito, al que se recurre como cauce para la conservación de lo prendado. Por el contrario, en el *escrow*, lejos de pactarse una garantía como la prenda o cualquier otra de las que se reconocen típicamente, el particular aseguramiento buscado se obtendrá por el juego del depósito (13).

(12) No sería el único. De depósito en garantía, aunque en muy diferente sentido, también podría hablarse cuando se prendara un depósito bancario, a la vista o más habitualmente a plazo fijo, en garantía de la deuda contraída por su titular con un tercero. Aquí, el depósito no canalizaría instrumentalmente, como ocurre con el *escrow*, la garantía, sino que sería el propio objeto pignorado. Se trataría, no cabe duda, de una prenda de crédito, apreciación mucho más discutible si el depósito, entiéndase, el crédito a gravar, tuviera por deudor a quien fuera luego acreedor del crédito a garantizarse, en otras palabras, si el depósito estuviera abierto en la misma entidad que fuera acreedora del crédito que después conviniera asegurar. La estructura de la prenda de créditos se toparía con la bilateralidad del supuesto, aproximándonos ciertamente al fenómeno de la prenda irregular, variante de la que enseguida me ocupo en el texto para distinguirla del *escrow*. En cualquier caso, debe señalarse que cuando se vincula en garantía un crédito restitutorio de bienes fungibles (depósito) y es el deudor de este primer crédito al que por otro crédito que él mismo luego conceda haya de garantizar, parece convertirse la precedente relación (de depósito) en una de prenda irregular, «por modificación entre las partes. Lo cual significa que el crédito restitutorio deja de ser exigible *ad nutum* o a plazo, y queda sujeto a la condición suspensiva del cumplimiento del crédito garantizado, al tiempo que se añade un nuevo límite alternativo, consistente en la actuación de la responsabilidad derivada del incumplimiento del crédito garantizado, mediante la compensación ideal con el *tantundem*. Y como con la prenda irregular sólo se pretende asegurar un medio satisfactivo, para el supuesto de incumplimiento, bien puede el crédito restitutorio seguir siendo exigible *ad nutum* o a plazo, una vez que se cumple la condición suspensiva» (Cruz Moreno, *La prenda irregular*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 275).

(13) Que el objeto pignorado no conforme, en todo o en parte, alguna de las prestaciones que se deriven del contrato principal, será el factor que distinguirá el *escrow* de la prenda constituida por depósito, siquiera cuando para ésta se diseñe un mecanismo de restitución alternativo en atención al cumplimiento del deudor, o se supedite el reintegro a que se acredite sobre el particular de un modo concreto; que el depósito de la prenda se realice «en interés del acreedor» no significa que se le haya de tener por titular exclusivo del depósito, que sea el único con derecho a instar su restitución, si en la voluntad de las partes no ha estado esa consecuencia.

V. RELACIÓN CON EL NEGOCIO FIDUCIARIO

Por el modo como se implementa, también se constata por el *escrow* una situación muy similar a la que expresa el negocio fiduciario, no ya de garantía, sino, más correctamente, de administración (14). Sin embargo, para la completa identidad entre ambos negocios, se habría de cotejar con exactitud el papel a ejercer por la entidad financiera, pues el componente fiduciario sólo podría advertirse si, más que intermediar en el pago, hubiera de hacerlo con respecto a la comprobación de las contingencias, muchas de ellas materiales (control de pasivos, inspección de activos o mercaderías, etc.), de las que ese pago y su *quantum*, dependa. De no ser así, si su comportamiento se limitara, como por demás es más frecuente en estos contratos, al hecho de guardar y luego, más tarde, pagar, según se le certifique alguno de los extremos que le autoricen a liberar los fondos, el régimen a tener en cuenta sería el del depósito irregular (15), sin mayor especialidad que la determinación alternativa y condicional de la persona con derecho al reintegro (16). El *escrow* sería un negocio de confianza, de fiducia en un sentido lato, aunque no estrictamente fiduciario (17).

(14) Antes de promulgarse el *Codice* de 1942, en que, como nos cuenta MESSINEO (cfr. *Manual de Derecho civil y comercial*, V, Buenos Aires, EJEA, 1955, pág. 272), se quiso incorporar una norma, receptada finalmente en el art. 1773, que contemplase el depósito en función de garantía, GRASSETTI consideraba que la entrega de dinero propia de los negocios de esta clase se hacía a título fiduciario, quedando el tercero, consignatario de la suma, encargado de transferirla a quien, de los interesados, tuviera derecho, y recayendo sobre el fiduciante el riesgo de un eventual abuso por parte del fiduciario (cfr. ob. cit., págs. 97 y ss.). En realidad, el precepto en su redacción no terminó de referirse al supuesto, sino, con un carácter más general, a cualquier depósito hecho en interés de tercero –también comprendería, por tanto, el constituido como medio para una donación–, limitándose a señalar que en cuanto el tercero hubiera comunicado al depositante y al depositario su adhesión, éste no podría liberarse restituyendo la cosa al depositante sin el consentimiento de aquél.

(15) Cfr. MARTÍN SANTISTEBAN, ob. cit., pág. 183.

(16) La transmisión de la propiedad del dinero a la entidad depositaria sería consecuencia de su fungibilidad, sin estar, como no sucede tampoco con el resto de los negocios irregulares (cuasiusufructo, prenda irregular), supeditada a que con motivo de esa transferencia se desarrolle una actividad distinta a la que hace al negocio típico entablado: la preservación del valor que representa el capital junto con la correspondiente obligación de restitución cuando llegue el momento. Sin un encargo distinto a ése, no podrían superarse los contornos que hacen al depósito.

(17) Son negocios de confianza aquellos, como el depósito o el mandato, en que la consideración de las cualidades personales de una de las partes (lealtad, honestidad, profesionalidad, etc.) influye como determinante motivo psicológico para que se convengan, concluyéndose precisamente en interés, por cuenta, de quien toma la iniciativa para suscribirlos (cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959, págs. 13 y ss.; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 17 y ss.). Según se contempla, es ésta, la de confianza, una nota que puede estar presente o no en los negocios fiduciarios, pero que no constituye su presupuesto caracterizador, el cual consiste propiamente en la «voluntaria» transferencia dominical que exigen para lograr la consecución de los concretos fines propuestos.

Indice

Prefazione [*XIII*]

Prefazione alla seconda edizione [*XVII*]

OBIETTIVI E METODI DEL DIRITTO COMPARATO

1. *I corsi di sistemi giuridici comparati e di diritto privato comparato nelle Università italiane* [*3*]

1. I corsi offerti nelle Università italiane [*3*]. – 2. I programmi di insegnamento e i testi adottati [*5*]. – 3. La pluralità delle scelte didattiche [*8*]. – 4. Il coordinamento tra i corsi *[9].*

2. *"Il diritto come discorso" a confronto con le trattazioni dei comparatisti* [*13*]

3. *Il diritto comparato e la letteratura* [*19*]

A. PERSONA FISICA

A.1. CAPACITÀ

4. *Lo straniero, l'incontro con il diritto italiano e il ruolo delle professioni legali* [*27*]

1. Insidie e trabocchetti nascosti nel linguaggio giuridico [*27*]. – 2. L'incidenza dei fenomeni migratori [*28*]. – 3. Intensificazione della contrattazione degli stranieri [*29*]. – 4. L'accertamento della capacità negoziale [*30*]. – 5. L'identificazione dello straniero [*33*]. – 6. Forme di matrimonio ... [*34*]. – 6.1. ... di scioglimento [*37*]. – 6.2. ... di affidamento [*38*]. – 6.3. ... di regimi patrimoniali [*39*]. – 7. Il controllo condotto sui documenti stranieri [*40*]. – 8. La mediazione culturale nella contrattazione [*41*]. – 9. L'apporto del notariato alla tutela dei diritti dello straniero [*42*].

A.2. ONORE E REPUTAZIONE

5. *Giustizia e* mass media *nella prospettiva del diritto comparato* [*43*]

1. Giustizia e *mass media* [*43*]. – 2. Il modello statunitense [*45*]. – 3. Il modello della *common law* tradizionale [*46*]. – 4. I limiti del paradigma angloamericano [*47*]. –

5. Il modello continentale [*48*]. – 5.1. *Segue*: tecniche penalistiche [*49*]. – 5.2. *Segue*: tecniche privatistiche [*51*]. – 5.2.1. Il problema dell'anonimato [*52*]. – 5.2.2. Il problema della presunzione di innocenza [*53*]. – 6. *Self regulation* e considerazioni conclusive [*55*].

B. ENTI NON LUCRATIVI

6. *La disciplina delle associazioni nel codice civile europeo* [*59*]

1. Introduzione [*59*]. – 2. Il diritto di associazione nella Carta europea e nelle costituzioni dei paesi dell'Unione [*60*]. – 3. I sistemi continentali. *a*) Nozione e criteri identificativi [*61*]. – *b*) Registrazione e capacità [*62*]. – 4. *Segue*: il diritto inglese [*63*]. – 5. *Segue*: l'«Associazione europea» [*64*]. – 6. Un modello di disciplina per il codice europeo [*67*].

7. *L'autonomia organizzativa degli associati in Italia ed in Francia* [*69*]

1. Premessa [*69*]. – 2. Le matrici storiche [*70*]. – 3. Il modello francese [*72*]. – 4. L'esperienza italiana [*76*]. – 5. L'intervento delle leggi speciali [*79*].

8. *I fallimenti nel settore* «non profit» *e la repressione degli «abusi». Confronto con il modello francese* [*83*]

A. *Il modello italiano* [*83*]. – 1. Casi recenti. L'Istituto Parificato Pitagora [*83*]. – 2. La tassonomia del verdetto [*85*]. – 3. L'Istituto Serafino Belfanti [*87*]. – 4. La fondazione d'impresa [*89*]. – 5. L'«abuso» [*90*]. – B. *Il modello francese* [*91*]. – 6. Il coinvolgimento dei «*dirigeantes*» nel dissesto dell'«*association*» [*91*]. – 7. La rilevanza della qualità di «commerciante» [*95*]. – 8. L'accesso al mercato [*97*]. – 9. Stili e regole operazionali [*98*].

9. *Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni* [*101*]

1. Recenti ricerche [*101*]. – 2. *Trust* internazionali e fondazione [*105*]. – 3. Le fondazioni di famiglia [*106*]. – 4. La *governance* [*109*]. – 5. Il pluralismo delle forme giuridiche [*114*].

10. *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero* [*115*]

1. Una prassi antica [*115*]. – 2. L'ammissibilità delle fondazioni di famiglia [*116*]. – 3. Il vincolo di destinazione gravante sul patrimonio delle fondazioni [*121*]. – 4. La fondazione di famiglia all'estero [*124*]. – 5. I vantaggi della fondazione nella concorrenza tra strumenti giuridici. La comparsa della fondazione nelle giurisdizioni *offshore* di *trust* [*127*]. – 6. Lo sdoganamento del *trust*, la riabilitazione della fondazione di famiglia [*129*]. – 7. Il coordinamento con il diritto successorio [*131*]. – 8. La *governance* [*132*]. – 9. Indicazioni operative [*134*].

11. *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella* Law and Economics [*135*]

1. Il dibattito [*135*]. – 2. Altruismo, beneficenza e istituzioni *no-profit* [*137*]. – 2.1. Le questioni [*138*]. – 2.2. Altruismo privato e pubblico [*139*]. – 2.3. Le donazioni [*140*]. – 2.4. I compensi ai *manager* [*141*]. – 2.5. Preferenze e incentivi [*142*]. – 2.6. La prospettiva del giurista-economista [*142*].

C. REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

12. *Sistemi di comunione dei beni e sistemi a separazione* [*147*]

13. *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia tra sopravvivenza di regole tacite e circolazione dei modelli normativi* [*153*]

1. L'ambientazione della riforma del 1975 nel diritto privato italiano [*153*]. – 2. I modelli storici e l'esempio dei codici francese e tedesco [*155*]. – 3. L'evoluzione italiana [*158*]. – 4. Una proposta ricostruttiva [*163*].

14. *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica* [*165*]

1. Premessa [*165*]. – 2. Il lungo viaggio verso la parità [*166*]. – 2.1. L'avvicendarsi dei modelli [*166*]. – 2.2. Il controllo della ricchezza [*167*]. – 2.3. Regole peculiari per i beni immobili [*168*]. – 2.4. La tutela della donna [*169*]. – 3. Regimi primari o contributivi e regimi distributivi [*171*]. – 4. Le tassonomie dei sistemi [*173*]. – 4.1. Sistemi legali ed opzionali [*173*]. – 4.2. Sistemi di separazione e sistemi di comunione [*176*]. – 4.2.1. I Sistemi di separazione. a) Inghilterra [*177*]. – 4.2.2. b) Stati USA [*180*]. – 4.2.3. c) Germania [*181*]. – 4.3. Sistemi di comunione. a) Francia [*182*]. – 4.4. b) Germania [*183*]. – 4.5. c) Stati USA [*190*]. – 4.6. Comunione differita [*190*]. – 5. La disciplina dell'amministrazione [*193*]. – 5.1. Nei sistemi di comunione. a) Francia [*193*]. – 5.1.1. b) Stati USA [*194*]. – 5.1.2. c) Germania [*194*]. – 5.2. Nei sistemi di separazione [*196*]. – 5.2.1. a) Inghilterra [*196*]. – 5.2.2. b) Germania [*196*]. – 6. L'eguaglianza tra i coniugi [*197*]. – 6.1. Nei sistemi di comunione. a) Francia [*197*]. – 6.2. Nei sistemi di separazione. a) Inghilterra [*198*]. – 6.2.1. b) Stati USA [*198*]. – 7. La famiglia e il mondo esterno [*198*]. – 8. Il regime dei beni destinati all'utilizzo comune [*200*]. – 8.1. Germania [*202*]. – 8.2. Francia [*203*]. – 8.3. Inghilterra [*205*]. – 9. Gli effetti della crisi coniugale [*206*]. – 9.1. Inghilterra [*207*]. – 9.2. Francia [*209*]. – 9.3. Germania [*210*]. – 10. Una convergenza graduale? [*212*]. – 11. La promozione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia [*217*]. – 11.1. USA [*218*]. – 11.2. Inghilterra [*221*]. – 11.3. Francia [*226*]. – 11.4. Germania [*227*].

15. *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia* [*229*]

1. Il riferimento ai modelli stranieri [*229*]. – 2. *Segue*: l'intervento della Corte costituzionale sull'art. 184 c.c. [*230*]. – 3. *Segue*: la *Gemeinschaft zur gesamten Hand* [*231*]. – 4. La resistenza delle corti nei confronti dell'utilizzo dell'argomento comparatistico [*234*]. – 5. Lo sdoganamento del *trust* ed il suo accostamento al fondo patrimoniale [*240*].

16. Marital contracts, Ehevertraege, *convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica* [*241*]

1. Il fenomeno [*241*]. – 2. Sistemi di *Common Law* [*242*]. – 2.1. Stati nordamericani [*243*]. – 2.2. Inghilterra [*246*]. – 3. Sistemi di *Civil Law* [*251*]. – 3.1. Francia [*252*]. – 3.2. Germania [*253*]. – 4. Convergenze e divergenze tra *Civil Law* e *Common Law*. Il prisma del diritto internazionale privato [*259*]. – 5. Gli accordi prematrimoniali nel diritto italiano [*263*]. – 5.1. La prefigurazione delle condizioni della crisi coniugale [*264*]. – 5.2. Un intervento della Cassazione [*264*]. – 6. Notazioni riepilogative [*265*].

17. *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?* [*269*]

1. L'art. 161 c.c. [*269*]. – 2. I precedenti nel *Code Civil* e nel *BGB* [*270*]. – 3. La configurazione di regimi matrimoniali atipici [*270*]. – 4. Il confronto con l'esperienza del c.d. *trust* tricolore circa la recezione del diritto straniero [*273*]. – 5. Inapplicabilità dell'art. 28, n. 1, legge not. rispetto alla legge straniera [*275*].

18. Homestead exemption [*277*]

1. L'emergenza pignoramenti [*277*]. – 1.1. Il Decreto Fare [*278*]. – 1.2. Le Proposte di legge sull'impignorabilità della prima casa [*278*]. – 2. Le "*property exemption laws*" americane [*279*]. – 3. Il diritto all'abitazione in Francia [*281*]. – 4. La protezione inglese dell'aspettativa del coniuge all'occupazione della casa coniugale [*282*]. – 5. Lo scenario italiano [*284*]. – 6. Notazioni riepilogative [*287*].

19. *Unioni civili e convivenze di fatto: La legge. – Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali* [*289*]

1. Una campionatura europea [*289*]. – 1.2. Le conseguenze economiche della fine della convivenza [*290*]. – 1.3. Patti tra conviventi [*292*]. – 2. La nozione di "convivenza di fatto" introdotta in Italia dalla legge n. 76/2016 [*293*]. – 2.1. I contratti di convivenza della legge n. 76/2016 [*294*]. – 2.2. La forma e la pubblicità [*295*]. – 2.3. Il contenuto [*296*]. – 2.4. Il regime patrimoniale [*297*]. – 2.5. Lo scioglimento [*297*]. – 2.6. Il rilievo della registrazione della convivenza. [*299*].

D. SUCCESSIONI

20. *Linee evolutive del diritto successorio europeo* [*305*]

Premessa *[305]*. – A. *La delazione dei diritti ereditari* [*306*]. – 1. L'allargamento dei confini del diritto privato europeo [*307*]. – 2. La circolazione dei beni a titolo ereditario [*307*]. – 3. La disciplina legislativa dell'atto di notorietà nella riforma francese del diritto successorio [*309*]. – 4. Prospettive di importazione del modello [*311*]. – 5. Il Regolamento 4 luglio 2012, n. 650 [*312*]. – B. *I patti successori* [*315*]. – 1. I differenti atteggiamenti degli ordinamenti nazionali nei confronti dei patti suc-

cessori [*315*]. – 2. La previsione dei patti successori nel *BGB* [*315*]. – 2.1. *Vor- und Nacherbschaft*: il fedecommesso [*318*]. – 2.2. La trasmissione dell'impresa di famiglia [*318*]. – 3. Il divieto dei patti successori nel diritto successorio francese [*320*]. – 3.1. La legge 23 giugno 2006, n. 2006-728 [*322*]. – 3.1.1. Il mandato *post mortem* [*323*]. – 3.1.2. L'ampliamento dei margini dell'autonomia privata [*324*]. – 3.1.3. La rinuncia all'azione di riduzione [*324*]. – 3.1.4. I patti successori [*325*]. – 3.1.5. La "clause commerciale" [*325*]. – 3.1.6. L'ampliamento dell'ambito della "*donation-partage*" [*326*]. – 3.1.7. Le "*libéralités graduelles*" e le "*libéralités residuelles*" [*327*]. – 3.2. Riepilogo del sistema francese vigente [*328*]. – 4. La disciplina dei patti successori nel Regolamento 4 luglio 2012, n. 650 [*329*]. – C. *Regole della chiamata contro la volontà del testatore* [*332*]. – 1. Le *Family Provisions* [*334*]. – 1.1. I soggetti tutelati [*335*]. – 1.2. I criteri applicativi [*337*]. – 1.3. L'attivo considerato [*340*]. – 1.4. La tutela con effetti recuperatori ed il coordinamento col *trust* [*341*]. – 2. La legittima tedesca [*343*]. – 3. La legittima in Francia [*345*]. – D. *Convergenze e trapianti* [*349*].

E. PROPRIETÀ E DIRITTI REALI DI GODIMENTO

21. *Il numero chiuso dei diritti reali* [*355*]

1. Il numero chiuso è un principio esclusivo del "civil law"? [*355*]. – 2. La prospettiva storica [*356*]. – 3. L'evoluzione francese [*357*]. – 4. Lo scenario inglese [*360*]. – 5. Il *numerus clausus* in Inghilterra [*361*]. – 6. Il *trust* come strumento di frammentazione della proprietà [*362*]. – 7. Il saggio di Bernard Rudden [*364*].

22. *I* restrictive covenants running with freehold land *quali strumento di pianificazione privata del territorio* [*367*]

1. I vincoli convenzionali di destinazione d'uso dei beni immobili [*367*]. – 2. Gli statuti della proprietà immobiliare [*368*]. – 3. Diritto dei contratti e diritto dei beni [*369*]. – 4. *Restrictive covenant* ed *easement* nella trattatistica inglese [*372*]. – 5. L'itinerario dei *restrictive covenants* [*375*]. – 6. Un bilancio [*376*]. – 7. Conclusioni [*378*].

F. OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

23. *Il contratto nei sistemi di* common law [*383*]

A. *Rassegna bibliografica* [*383*]. – 1. Le tematiche di analisi della *law of contract* e la loro rilevanza nell'esperienza italiana [*383*]. – 2. Le «aspettative ragionevoli» nell'ambito della responsabilità contrattuale: a) la proposta di Fuller e Perdue; b) le origini della promessa secondo Atiyah; c) la disciplina positiva della promessa [*388*]. – 3. La tutela dell'affidamento [*394*]. – B. *Il saggio di J. Baker "Dalla santità del contratto alle ragionevoli aspettative"* [*396*]. – Conclusioni [*417*].

24. *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* [*421*]

1. *Alteri stipulari nemo potest*. Le ragioni di un brocardo divenuto principio generale [*421*]. – 2. Come delimitare i confini della ricerca? [*423*]. – 3. Dal *Code Civil* al codice del 1942 [*425*]. – 4. Modalità di superamento del principio di relatività del contratto [*433*]. – 5. La problematica nelle elaborazioni della dottrina [*436*]. – 6. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prassi [*441*]. – 7. Alcuni casi emblematici basati sulla giurisprudenza italiana [*444*]. – 8. I principi sul diritto contrattuale della «Commissione Lando» [*448*].

25. *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea* [*451*]

26. *Alcune novità nella riforma del diritto dei contratti del* Code Napoléon [*457*]

A. *L'*Ordonnance *2016-131 [457].* – 1. Ancora un intervento sul *Code Civil* [*459*]. – 2. Le novità [*460*]. – 3. La soppressione della causa [*463*]. – 4. La nuova disciplina degli effetti del contratto [*464*]. – 4.1. La forza obbligatoria [*465*]. – 4.2. L'efficacia reale [*467*]. – 5. L'introduzione di una disciplina della rappresentanza [*467*]. – B. *Contratto e terzi* [*468*]. – 6. Le interferenze nella formazione [*471*]. – 6.1. Gli effetti verso i terzi [*471*]. – 6.2. La conclusione per altri, ossia il contratto a favore del terzo [*473*]. – C. *La rappresentanza* [*473*]. – D. *Contratto e terzi nel* Code Civil *riformato* [*474*].

27. *La clausola di* escrow account [*477*]

1. Gli impieghi [*477*]. – 2. Il modello angloamericano. Le origini inglesi [*478*]. – 3. L'elaborazione nordamericana [*479*]. – 4. La formazione del contratto [*480*]. – 5. La trilateralità [*481*]. – 6. Terzietà e indipendenza del depositario [*482*]. – 7. L'allocazione della perdita causata dal comportamento del depositario [*482*]. – 8. Il dovere del depositario di informarsi circa i termini del rapporto base [*483*]. – 9. La qualificazione secondo il diritto italiano [*484*]. – 10. L'impiego di assegni circolari [*485*]. – 11. Il deposito regolare od irregolare di beni fungibili [*486*]. – 12. L'incidenza della scelta della legge [*489*].

G. LE PROFESSIONI LEGALI

28. *La collocazione del notaio negli ordinamenti stranieri* [*493*]

29. *Le società per l'esercizio di attività professionali in Italia e all'estero* [*507*]

1. Premessa [*507*]. – 2. Il quadro legislativo italiano [*508*]. – 3. L'elaborazione giurisprudenziale [*509*]. – 4. Le società di ingegneria (c.d. *engineering*) [*511*]. – 5. La legge Bersani [*512*]. – 5.1. Lo schema di regolamento attuativo [*513*]. – 5.2. Il parere del Consiglio di Stato [*513*]. – 6. Successive leggi speciali [*516*]. – 6.1. L'esercizio della professione di avvocato in forma societaria [*517*]. – 6.2. La disciplina della so-

cietà di revisione [*518*]. – 7. L'abrogazione delle restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni [*519*]. – 8. La riforma degli ordini professionali e società tra professionisti [*519*]. – 9. La prima bozza di regolamento [*520*]. – 9.1. Il parere del Consiglio di Stato [*521*]. – 10. La seconda bozza di regolamento [*522*]. – 10.1. Gli aspetti non disciplinati [*524*]. – 11. La nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense [*525*]. – 12. Uno sguardo su alcuni ordinamenti stranieri [*526*]. – 12.A. Francia [*526*]. – 12.B. Germania [*529*]. – 12.C. Inghilterra [*531*]. – 12.D. Altri ordinamenti europei [*533*]. – 12.E. USA [*534*]. – 13. Riepilogo della posizione delle società per l'esercizio della professione forense [*538*].

H. DIRITTI REALI DI GARANZIA

30. *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica* [*543*]

1. La prospettiva storica [*543*]. – 2. Il modello del finanziamento e quello della vendita [*544*]. – 3. Il quadro normativo comunitario [*545*]. – 4. Le discipline nazionali sull'ipoteca [*545*]. – 5. Alcune figure straniere accostabili a quella del prestito vitalizio ipotecario [*548*]. – 5.1. Il Regno Unito [*549*]. – 5.2. L'erogazione di *Equity Release* [*551*]. – 6. Gli USA [*552*]. – 6.1. Tipologie di *Reverse Mortgages* [*552*]. – 7. La Francia [*553*]. – 7.1. I modelli [*553*]. – 8. L'Italia [*555*].